Wirkungen der Scheidungsbefugnis.

Dr. jur. Albert Acker.

Wirkungen der Scheidungsbefugnis.

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät der Königlich Preußischen Universität Marburg

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Albert Acker
Referendar in Idstein im Taunus.

Idstein i. T.
Buchdruckerei Georg Grandpierre
1913.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher.

Böhme, Das Erbrecht des B. G. B.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 2 Bd. 5. Aufl.
Crome, Bürgerliches Recht IV. 1908.
Dernburg, Deutsches Familienrecht 1903.
Dernburg, Erbrecht 1905.
Dernburg, Pandekten, 3. Bd. 7. Aufl.
Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts.
Eccius, Preußisches Privatrecht.
Eck-Leonhard, Vorträge über das B. G. B. Bd. II., 1./2. Aufl. 1904.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Familienrecht 8./9. Aufl. 1908.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Bd. 2. Aufl.
Kipp, Das Erbrecht. 1./2. Aufl.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1899.
Meyer, Paul, Das Erbrecht des B. G. B. 1906.
Müller u. Meikel, Das bürgerliche Recht. Bd. II 1904.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 4. Bd. 3. Aufl.
Strohal, Das Erbrecht des B. G. B. 1906.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Bd. 9. Aufl.
Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Das Familienrecht 1912.

II. Kommentare.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Aufl. 1909.
Leonhard, Erbrecht 1912.
Meisner, Familienrecht 1905.
Kuhlenbeck, Das B. G. B. für das deutsche Reich. I. u. II. 1899.
Opet-Blume, Das Familienrecht 1906.
Planck, Familienrecht 1906, 3. Aufl.

Planck, Erbrecht 1908, 3. Aufl.
Scherer, Familienrecht 1900.
Schmidt-Habicht, Familienrecht 1907.
Staudinger, Familienrecht 5./6. Aufl. 1910.
Staudinger, Erbrecht 3./4. Aufl. 1909.
Stein, Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich. 10. Aufl. 1911.
Kommentar der Reichsgerichtsräte.

III. Monographien.

Crome, Erziehung und Verkehr mit den Kindern bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten. Recht 1909 S. 44 ff.

Davidson, Das Recht der Ehescheidung 1900.

Engelmann, Die Zuständigkeit für die Regelung des Verkehrs zwischen Eltern und Kind bei bestehender Ehe. Recht 1909, S. 563 ff.

Erler, Ehescheidungsrecht 1900.

Freudenberg, Die Verzeihung 1903.

Hörle, Über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach § 1353—1361 B. G. B. Arch. f. bürgerl. Recht 1908, Bd. 31.

Jacobi, Das persönliche Eherecht 1896.

Josef, Zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts von der des Prozeßgerichts. Zentral-Bl. Bd. 7 S. 853 ff.

Josef, Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind während bestehender Ehe. Bl. f. R. A. Bd. 74 S. 121 ff.

Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern. 1899.

Lehmann, Kinder geschiedener Ehen. Diss. 1909.

Leonhard, Die Beweislust. 1904.

Lizius, Kinder aus geschiedenen Ehen. Diss. 1908.

Lotz, Der Unterhaltsanspruch der Ehegatten. Diss. 1904.

Opet, Das Verwandtschaftsrecht des B. G. B. 1899.

Rehdans, Begriff, juristische Natur und rechtliche Behandlung der Verzeihung im Rechte der Schenkung, der Ehescheidung, des Pflichtteils und der Erbunwürdigkeit. Diss. 1903.

Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft 1901.

Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft. Arch. f. bürgerl. Recht 1905 Bd. 26.

Wieruszowski, Handbuch des Eherechtes Bd. I u. II.

IV. Sammlungen und Entscheidungen.

Deutsche Juristenzeitung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Jahrbuch des deutschen Rechts, hsg. von Neumann.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in Preußen.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

Motive zum Entwurf I. eines B. G. B.
Protokolle der 2. Kommission.

I. Einleitung und Geschichte.

Während die Wirkungen der Ehe, der Ehescheidung und der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine sehr große Beachtung in der Literatur gefunden haben und Gegenstand vielfacher, eingehender Behandlungen und Zusammenstellungen geworden sind, findet sich wohl fast keine größere zusammenhängende Darstellung der Wirkungen der Scheidungsbefugnis. Als Grund für diese stiefmütterliche Behandlung kann man einmal die sehr zerstreute Regelung, welche dieses Gebiet im Gesetz erfahren hat, angeben, dann aber besonders den Umstand, daß die Bedeutung dieser Materie auf den ersten Blick nicht allzu stark hervortritt. Daß es aber ein praktisch sehr wichtiger Teil des Gesetzes ist, ergibt sich aus den zahlreichen Entscheidungen, die bezüglich der einzelnen Wirkungen ergangen sind.

Ich halte es für angebracht, gleich im Anfang der Arbeit eine Erklärung über das Thema zu geben. Es sollen die Wirkungen der Scheidungsbefugnis oder des Scheidungsrechtes untersucht werden, d. h. es soll erörtert werden, welche Befugnisse derjenige Ehegatte hat, der berechtigt ist, die Scheidungsklage zu erheben. Hiermit sind zugleich die Grenzen der Abhandlung gegeben; sie soll nämlich die Wirkungen behandeln von dem Vorliegen eines Scheidungsgrundes bis zur Erhebung der Scheidungsklage oder der Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft einschließlich.

Auf die Geschichte der Ehescheidung ist hier nicht näher einzugehen, da dies außerhalb des Rahmens der Arbeit liegt.

Welche Befugnisse hatte ein zur Scheidung berechtigter Ehegatte in den früheren Rechten, hauptsächlich im gemeinen Recht und im A. L. R.? Man findet nur spärliche Auskunft hierüber. Besonders wird da die Frage aufgeworfen, ob der scheidungsberechtigte Gatte, der also wirklichen Grund zur Scheidungsklage hatte, sich von dem anderen Gatten eigenmächtig trennen dürfe. Diese Frage muß für das ältere Recht durchweg verneint werden, sowohl für die Zeit vor Klagerhebung als auch während des Scheidungsprozesses.[1]) Doch sollte im gemeinen Recht der Richter des Scheidungsprozesses die Trennung dann gestatten, wenn durch das Zusammenleben eine Gefährdung vorlag.[2]) Dasselbe galt nach preußischem A. L. R. II. 1. § 723. Das Scheidungsrecht gab überhaupt nicht die Befugnis, die Erfüllung der ehelichen Pflichten zu verweigern, insbesondere nicht die Beiwohnung. Der schuldige Teil konnte die Beiwohnung mit vollem Recht fordern. Folglich war in der Beiwohnung keine Verzeihung zu erblicken, denn sie war lediglich Erfüllung einer Rechtspflicht. Das sächsische B. G. B. erforderte zur tatsächlichen Trennung ebenfalls eine richterliche Verfügung, § 1753. Während des Scheidungsprozesses mußte die Trennung aber gestattet werden.

Nach dem code civil konnte die Frau den Mann während des Scheidungsprozesses verlassen. Das Gericht hatte jedoch den Aufenthaltsort zu bestimmen. Es setzte auch erforderlichen Falls die Unterhaltungssumme fest, die ihr der Mann zahlen mußte. Auch der Entwurf I. zum B. G. B. stand noch auf dem Standpunkt, daß die Ehegatten beim Vorliegen eines Scheidungsgrundes sich nicht eigenmächtig trennen und die ehelichen Pflichten verweigern dürften. Sollte dennoch der scheidungsberechtigte Gatte die eheliche Lebensgemeinschaft aufheben, dann sollte er keinen Unterhaltungsanspruch haben. Man erwog hierbei, daß der

[1]) Dernburg: Familienrecht S. 94.

[2]) Seuff. Archiv: Bd. 14 S. 143, Bd. 18 S. 126, Bd. 32 S. 146.

Gatte aus diesem Grund bald wieder in die häusliche Gemeinschaft zurückkehren und die Aussöhnung daher erleichtert werden würde.[1]) Unser bürgerliches Recht aber hat diesen, man kann sagen, strengen Standpunkt nicht beibehalten.

Welchen Einfluß hatte das Scheidungsrecht auf das Erbrecht? Nach preußischem A. L. R. äußerte die bloße tatsächliche Trennung keinerlei Wirkungen. Selbst wenn ein Scheidungsgrund vorlag, wurde dennoch das Erbrecht des schuldigen Teils durch diesen Umstand allein nicht beseitigt. Eine Wirkung zeigte sich jedoch dann, wenn der unschuldige Teil während des Scheidungsprozesses nach Anstellung des Sühneversuchs starb. Dann konnten die Erben das wirkliche Vorliegen des Scheidungsgrundes erstreiten. In diesem Falle ging der schuldige Teil seines Erbrechtes verlustig. A. L. R. II. 1. § 827.[2])

Es sei zunächst eine kurze Darstellung der Scheidungsgründe des B. G. B. gegeben. Man unterscheidet zwischen absoluten und relativen Scheidungsgründen. Die absoluten begründen das Scheidungsrecht unbedingt, bei den relativen werden die gesamten Umstände und Verhältnisse, in denen die Gatten leben, herangezogen.

Absolute Scheidungsgründe sind:

1. Ehebruch und verwandte Verbrechen, § 1565,
2. Trachten nach dem Leben des anderen Gatten, § 1566,
3. Böswillige Verlassung, § 1567.

Sie liegt vor, wenn ein Gatte sich während eines Jahres gegen den Willen des verlassenen Gatten unbegründet fernhält und er vor Jahresfrist zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft rechtskräftig verurteilt worden ist oder aber sein Aufenthalt unbekannt ist.

4. Geisteskrankheit nach § 1569.[3])

---

[1]) Motive IV. S. 637.

[2]) Dernburg: Preußisches Privatrecht S. 505.

[3]) Schmidt-Habicht Vorbem. zu §§ 1565 ff. III. 2 c. und Matthias 2 S. 312 rechnen die Geisteskrankheit zu den relativen Gründen.

Als einzigen relativen Scheidungsgrund hat das Gesetz die völlige Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse, sei es durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, sei es durch ehrloses oder unsittliches Verhalten des einen Gatten, aufgestellt, § 1568.

Eine eingehendere Erörterung der Scheidungsgründe gehört nicht hierher. Wohl aber mußte eine kurze Aufzählung hier geschehen, da diese Gründe die Voraussetzung bilden für die Wirkungen des Scheidungsrechts.

II. Sofortige Befugnisse auf Grund des Scheidungsrechtes.

1. Das Recht, die eheliche Lebensgemeinschaft zu verweigern.

a. Die Gemeinschaftsverweigerung.

Nach § 1353 Abs. 1 sind die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Der Satz 2 des § 1353 Abs. 2 bestimmt aber, daß der Ehegatte nicht verpflichtet ist, dem Verlangen des anderen nach Herstellung der Gemeinschaft Folge zu leisten, wenn er berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen. Was versteht man unter ehelicher Lebensgemeinschaft, und welches sind die gegenseitigen Rechte und Pflichten, die hieraus resultieren? Das Gesetz selbst gibt keinen Aufschluß, vielmehr hat es sich im Gegensatz zu früheren Rechten[1]) mit der Aufstellung eines allgemeinen Prinzips begnügt. Dagegen hat man in der Literatur versucht, die einzelnen Pflichten zu gruppieren. Eine solche Einteilung gibt vor allem Wetzel.[2]) Nachdem er aufgezählt hat, was nachweisbar nicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehört, läßt er sich darüber aus, was nun eigentlich dazu zu rechnen ist. Nach seiner Ansicht gehört dazu:

[1]) z. B. A. L. R. II. 1. §§ 174 ff., sächs. B. G. B. §§ 1630 ff., code civil Art. 212 ff.

[2]) Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 26 S. 74 ff.

1. die häusliche Gemeinschaft,
2. die Haushaltungsgemeinschaft,
3. die Geschlechtsgemeinschaft.

Hiernach würden die Ehegatten ihre gegenseitigen Pflichten erfüllt haben, wenn sie in den gemeinsamen Wohnräumen als Haus- und Geschlechtsgenossen wohnen. Dieses Resultat kann aber wenig befriedigen. Endemann[1]) sucht die Rechtspflichten aus dem Begriff der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft herauszuschälen. Als solche sollen kraft indirekter Sanktion nur diejenigen gelten, „deren Verletzung das eheliche Leben zerstört und das Recht zur Scheidung begründet". Liegt aber in der sonstigen Erfüllung des Tatbestandes des § 1568, ohne daß nun die Ehe gerade völlig zerrüttet ist, keine Verletzung einer Rechtspflicht gegenüber dem anderen Gatten? Daraus wird ersichtlich, daß auch schon dann eine Rechtspflicht verletzt sein kann, wenn die Handlung keine Scheidung begründet. Der Begriff der Rechtspflichten ist deshalb von Endemann viel zu eng gefaßt.

M. E. ist es garnicht möglich, eine in die Einzelheiten gehende Definition der ehelichen Lebensgemeinschaft aufzustellen. Wohl ist es angängig mit Opet-Blume[2]) einen doppelten Maßstab anzulegen, einen objektiven, nach welchem der Inhalt der ehelichen Verpflichtung für alle deutschen Ehen der gleiche ist, und einen subjektiven, bei welchem es auf die Verhältnisse ankommt unter denen die Ehegatten der einzelnen Ehe leben. So sagt auch Schmidt-Habicht,[3]) daß bei der Entscheidung die gesellschaftlichen, die Lebens-, Gesundheits- und Erwerbsverhältnisse berücksichtigt werden müssen. Aber auch hieraus läßt sich kein allgemeiner Satz ableiten. Ich halte es vielmehr trotz aller Versuche für angebracht, bei den allgemein gehaltenen Worten der Motive[4])

---

[1]) Familienrecht S. 292.
[2]) § 1353 Bem. 2.
[3]) § 1353 Bem. 4.
[4]) Mot. IV. S. 104, 105.

und Protokolle[1]) zu bleiben. Demnach sind die Gatten „zu einer solchen Lebensgemeinschaft berechtigt und verpflichtet, die dem sittlichen Wesen der Ehe entspricht und mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar ist."[2]) Die Motive bemerken, daß, wie im Schuldrecht Treu und Glauben, im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage bilden solle. Das soll maßgebend sein für die Beurteilung. Von den einzelnen Pflichten seien hier nur erwähnt die gegenseitige Beistandspflicht, die Verpflichtung zum Zusammenleben, zum Geschlechtsverkehr usw.

Nach den Entwürfen zum B. G. B. genügte, wie oben schon erwähnt wurde, das Vorliegen eines Scheidungsgrundes allein nicht, um die eheliche Gemeinschaft zu verweigern. Es kam vielmehr darauf an, daß das trotz des Scheidungsrechtes gestellte Verlangen sich als einen Rechtsmißbrauch herausstellte.[3])

Heute ist dagegen die Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft auch erlaubt, wenn lediglich ein Scheidungsgrund vorliegt, ohne daß sich zugleich das Verlangen des anderen Teiles auf Herstellung als Mißbrauch seines Rechtes darstellen muß.

Es besteht aber Streit darüber, ob hierzu alle Scheidungsgründe berechtigen oder nur diejenigen, die ein Verschulden des anderen Teiles voraussetzen. Als einziger Scheidungsgrund, der kein Verschulden voraussetzt, führt das Gesetz die Geisteskrankheit des § 1569 an. Kann ein Gatte, wenn der andere geisteskrank ist und der Tatbestand des § 1569 vorliegt, sich von diesem in berechtigter Weise eigenmächtig trennen? Von der herrschenden Meinung, die eine Stütze beim Reichsgericht findet, wird dies allerdings verneint. Diese Ansicht gründet sich hauptsächlich

---

1) Prot. IV. S. 94.

2) Staud. § 1353 Bem. 1, siehe auch Planck § 1353 Bem. 1; Schmidt-Habicht § 1353 Bem. 1; Kommentar der R. G. R. § 1353 Bem. 1 u. 2.

3) Planck § 1353 Bem. 3; Dernburg, Familienrecht S. 95.

auf die Entstehungsgeschichte des § 1353 Abs. 2 S. 2 und des § 1569. Der § 1569 wurde in der Reichstagskommission gestrichen, sodaß sich nach der Streichung der Abs. 2 S. 2 des § 1353 nur auf Scheidungsgründe bezog, die ein Verschulden voraussetzten. In der 3. Lesung wurde aber § 1569 wieder hergestellt. Dabei ist jedoch vergessen worden, die Worte „wegen Verschuldens" in den Text des § 1353 Abs. 2 S. 2 aufzunehmen, die früher in dem Antrag, der zur Aufnahme des Abs. 2 führte, enthalten waren, und die man infolge des Wegfalls des jetzigen § 1569 als überflüssig gestrichen hatte. Deshalb sei es notwendig, daß die Rechtsprechung die Einschränkung mache, die das Gesetz übersehen habe.[1])

Es läßt sich freilich nicht leugnen, daß bei Auslegung des Gesetzes auf die Entstehungsgeschichte zurückgegriffen werden soll. Doch ist diese Geschichte allein nicht maßgebend. Maßgebend ist auch nicht der Wille der damaligen Gesetzesredaktoren. Vielmehr kommt es auf den Sinn des Gesetzes an, wie er sich uns darbietet. Hierfür ist auch der Wortlaut wichtig. Nach der klaren Fassung des § 1353 Abs. 2 S. 2, die gar keinen Zweifel zuläßt, ist jeder scheidungsberechtigte Ehegatte befugt, die eheliche Lebensgemeinschaft zu verweigern, also auch derjenige, welcher sein Recht auf den § 1569 stützt. Es ist nicht angängig, wie Davidson[2]) und alle anderen Genannten meinen, die Worte „wegen Verschuldens" einzuschalten. Das würde über die Auslegung des Gesetzes hinausgehen und enthielte, wie Engelmann[3]) mit Recht bemerkt, eine Korrektur des Gesetzes.

Zudem ist auch nicht einzusehen, warum der Gatte

---

[1]) So Planck § 1353 Bem. 3; Schmidt-Habicht Bem. 4. a. β.; Opet-Blume Bem. 4. b; Dernburg: Familienrecht S. 95 Anw. 2; Erler S. 146 Note 37, S. 204; Davidson S. 34 Anm.*; Crome: Familienrecht S. 232 Anm. 14, Wieruszowski S. 6. Note 3.

[2]) Seite 34 Anm.*

[3]) bei Staud. § 1353, 2 b.

im Falle des § 1569 nicht die eheliche Gemeinschaft solle verweigern dürfen, wenn er bei demselben Tatbestand die Befugnis hat, das eheliche Band durch Urteil vollständig zu lösen. Dernburg[1]) behauptet zwar, daß es eine Ruchlosigkeit sei, wenn der Gatte den anderen geisteskranken eigenmächtig verlasse. Dann müßte es aber ebenso ruchlos sein, sich von dem geisteskranken Gatten scheiden zu lassen, trotzdem das Gesetz die Geisteskrankheit als Scheidungsgrund ausdrücklich zuläßt. Gegen den Einwurf Dernburgs wendet sich besonders Endemann.[2]) Überzeugend führt er aus, daß es bei einem tobsüchtigen oder gemeingefährlichen Kranken garnicht möglich sei, die eheliche Lebensgemeinschaft fortzusetzen. Das Verweigerungsrecht könne der andere Gatte, noch bevor die Voraussetzungen des § 1569 erfüllt seien, aus § 1353 Abs. 2 S. 1 ableiten. Dann müsse man aber auch das Verweigerungsrecht umso mehr zulassen, wenn die Geisteskrankheit schon drei Jahre dauere und jegliche Aussicht auf Heilung ausgeschlossen sei, § 1569. Betrachtet man die §§ 1353 und 1569 zusammen, so ergibt sich m. E., daß der Sinn des Gesetzes dahin geht, auch im Falle der Geisteskrankheit die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft zu gestatten.

Es läßt sich übrigens auch kein Grund dafür anführen, daß § 1353 überhaupt von einem Verschuldungsprinzip ausgeht. Auch wegen nicht verschuldeter Umstände kann die Gemeinschaft verweigert werden. Sollte man es vielleicht dem aus § 1569 scheidungsberechtigten Gatten zumuten, „mit dem Irren zusammenzuleben und geisteskranke Kinder zu erzeugen?“[3])

Cosack[4]) läßt sich über die Streitfrage nicht besonders

[1]) Dernburg: Familienrecht § 30 I. Abs. 3.

[2]) Endemann: Familienrecht § 169 a Anm. 8.

[3]) so besonders Wetzel S. 98; außer den schon oben erwähnten stehen auf demselben Standpunkt: Meisner § 1353 Bem. 2; Süßheim: Arch. f. z. Pr. Bd. 61 S. 408.

[4]) Cosack: 2 Bd. § 318 I. 2.

aus. Aber aus der Gleichstellung aller Scheidungsgründe kann man entnehmen, daß er das Recht der Verweigerung auch dem wegen Geisteskrankheit scheidungsberechtigten Gatten gibt. Einen unklaren Standpunkt nimmt Hörle[1]) ein. Von den Scheidungsgründen, welche die Befugnis des § 1353 Abs. 2 geben, läßt er den des § 1569 aus; dann aber gestattet er dieses Recht, wenn der andere Gatte geisteskrank oder geistesschwach ist und das Verbleiben in der Ehewohnung unmöglich ist. Warum unterdrückt er dann den § 1569, der doch voraussetzt, daß keine Aussicht auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft besteht?

Das Resultat der obigen Erörterungen läßt sich dahin zusammenfassen, daß sämtliche Scheidungsgründe die Befugnis gewähren, die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verweigern, daß es keineswegs eines Verschuldens bedarf.

Nun wird zwar behauptet, die ganze Frage habe keine große praktische Bedeutung[2]); denn der Geisteskranke werde wohl meistens geschäftsunfähig sein. Ein Geschäftsunfähiger kann aber weder selbst, noch durch seinen gesetzlichen Vertreter die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erheben. § 612 Abs. 2 Z. P. O.

Doch ist die Frage dann von Wichtigkeit, wenn der Geisteskranke unterhaltspflichtig ist. Für diesen Fall kommt es darauf an, nicht blos ob der andere Gatte die Herstellung verweigern *kann*, sondern ob er hierzu *berechtigt* ist.[3])

Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft setzt keine Aufforderung voraus.[4]) Das steht natürlich dem nicht entgegen, daß das Verlangen auf Herstellung, wenn es

---

[1]) Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 31 S. 115.

[2]) bei Staud § 1353, 2 b α.

[3]) vgl. Wetzel S. 98, § 6 II. Abs. 5 und Staud. § 1353 2 b. α. Schlußsatz.

[4]) a. A. Rspr. 2. S. 330.

einmal gestellt wird, ernstlich gemeint sein muß.[1]) Auch die minderjährige Ehefrau hat die Rechte aus § 1353. Zuzulassen wird auch sein eine Klage darauf, daß der eine Gatte verpflichtet sei, die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft seitens des andern zu dulden,[2]) wenn die Voraussetzungen der Feststellungsklage gegeben sind. Macht der Gatte von seinem Scheidungsrecht keinen Gebrauch, setzt er vielmehr die Ehe fort, so hat er trotzdem kein Klagerecht auf Unterlassung z. B. ehebrecherischer Handlungen gegen den anderen Gatten.[3])

b. Wirkungen der tatsächlichen Trennung.

Die tatsächliche Trennung, zu welcher der scheidungsberechtigte Gatte befugt ist, äußert außerdem gewisse Wirkungen sowohl im Verhältnis der Ehegatten zueinander als auch gegenüber Dritten. So verliert der Mann das Entscheidungsrecht über den Wohnort, d. h. den tatsächlichen Aufenthaltsort, der Frau; denn 1354, der dem Mann dieses Entscheidungsrecht gibt, hat als Voraussetzung ein gemeinschaftliches eheliches Leben. Ferner hört die Verpflichtung der Frau auf, Arbeiten im Hauswesen des Mannes zu verrichten, da auch die Voraussetzung dafür fehlt, § 1356. Das folgt aber auch schon aus dem Verweigerungsrecht selbst, denn diese Arbeiten gehören zu den ehelichen Pflichten. Welche Wirkungen die tatsächliche Trennung auf die Unterhaltungspflicht hat, bedarf eingehender Behandlung und wird weiter unten erörtert.

Bestritten ist, welchen Einfluß die Trennung des Gatten auf die Schlüsselgewalt der Frau hat. Keine klare Entscheidung trifft Planck,[4]) der es auf die Umstände des Einzelfalles ankommen lassen will. Nach Schmidt-Habicht[5])

---

[1]) Staud. 2 a. r.

[2]) Staud. 4. Wetzel S. 135/136.

[3]) R. G. E. 71. S. 85.

[4]) § 1357 Bem. 2. Abs. 3.

[5]) § 1357 2 b.

soll der häusliche Wirkungskreis dann regelmäßig unterbrochen sein, wenn die Frau gegen den Willen des Mannes die häusliche Gemeinschaft aufhebt. Auch die Praxis nimmt keinen festen Standpunkt ein, sondern entscheidet nach Lage der Verhältnisse.[1]) Es ist nicht Aufgabe dieser Abhandlung alle Fälle des Gesamtlebens darauf zu prüfen, sondern es interessiert uns hier nur, ob die infolge eines Scheidungsgrundes die eheliche Gemeinschaft weigernde Frau die Schlüsselgewalt noch hat. Das muß man m. E. verneinen. Ein „häuslicher Wirkungskreis" besteht dann überhaupt nicht mehr, wie ihn § 1357 voraussetzt. Auch mit Rücksicht auf Dritte besteht kein Bedürfnis, die Schlüsselgewalt bei berechtigter Trennung der Gatten fortdauern zu lassen. Dem Prinzip der Kenntlichkeit, das unser Gesetz beherrscht, ist durch die Aufhebung der Gemeinschaft Genüge getan. Denn diese Aufhebung ist, wie Wetzel[2]) ausführt „deutlicher und markanter als die Besitzergreifung einer Sache, an die eine große Zahl Rechtsfolgen geknüpft sind". Auch Endemann[3]) läßt bei der rechtlich bestätigten Aufhebung die Schlüsselgewalt endigen, wenn eben die Aufhebung offenkundig ist; denn es fehle damit der gemeinsame Haushalt, die Grundlage der Schlüsselgewalt. Nicht deutlich spricht sich Engelmann[4]) über den Fall der berechtigten Trennung aus. Doch kann auch nach ihm der § 1357 dann keine Anwendung finden, wenn ein häuslicher Wirkungskreis der Frau nicht mehr vorhanden ist. Ein solcher ist aber im Falle der Trennung wegen eines Scheidungsgrundes nicht anzunehmen. Die Schlüsselgewalt endigt also bei der Trennung wegen des Scheidungsrechtes.[5])

Ferner endigt das Kündigungsrecht des Mannes gemäß § 1358. Denn als Voraussetzung dieses Rechtes muß

[1]) vgl. Deutsche Jur. Ztg. 11, 212, Seuff. Bl. 1905 S. 171.

[2]) Wetzel S. 131, 132, ohne daß ich mich ihm in allen seinen Ausführungen anschließe.

[3]) Endemann: Familienrecht § 170, 3. c, u. Anm. 32.

[4]) bei Staud: § 1357, 2 b.

[5]) Vgl. Goldmann, Deutsche Jur. Ztg. 1907, S. 419 ff.

die häusliche Gemeinschaft der beiden Gatten erachtet werden. Besteht die Gemeinschaft nicht mehr, dann ist auch das Recht des Mannes erloschen[1]), § 1358 Abs. 2 S. 3.

Welchen Einfluß die Trennung der Gatten nach der Unfall- und Invalidenversicherung gegenüber den Kindern haben kann, ist hier nicht weiter zu untersuchen.

Nur etwas sei noch hervorgehoben. Solange die Frau berechtigt ist, getrennt zu leben, kann sie nach § 17 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz von 1870 in der neuen Fassung vom 30. Mai 1908 selbständig einen Unterstützungswohnsitz begründen und verlieren. Sie darf aber keinen Unterhalt von ihrem Manne beziehen.

Von der Trennung werden dagegen nicht berührt das Recht und die Pflicht der Frau, den Namen des Mannes weiterzuführen. Auch die Eigentumsvermutungen der § 1362 bleiben dieselben.

2. Der Unterhaltsanspruch beim Getrenntleben.

a. Voraussetzungen des § 1361.

Der Ehegatte, der sich berechtigt von dem anderen trennt, dem also ein Scheidungsgrund zur Seite steht, verliert dadurch nicht seinen eventuellen Unterhaltsanspruch. Es muß vorausgeschickt werden, daß auch im Falle der Trennung die allgemeine Regel des § 1360 gilt. Eine Abweichung findet sich nur, wo § 1361 dieses ausdrücklich vorschreibt.

Es sollen zunächst die Voraussetzungen für die Anwendung des § 1361 untersucht werden. An die Spitze ist zu stellen das Erfordernis des Getrenntlebens. Die häusliche Gemeinschaft muß aufgehoben sein.

Weiter muß einer der Gatten die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern dürfen. Dies kann, was uns allein hier interessiert, nach § 1353 Abs. 2 der Scheidungs-

[1]) Rspr. 2, S. 329 ff.

berechtigte. Gleichgültig ist, ob dies der unterhaltspflichtige oder der unterhaltsberechtigte Gatte ist.[1])

Schließlich muß der zur Verweigerung Berechtigte die Herstellung des ehelichen Lebens auch wirklich verweigern. Setzt die Verweigerung eine Aufforderung voraus? Das wird von manchen Schriftstellern bejaht; eine Verweigerung sei begriffsmäßig nur denkbar nach einer vorherigen vergeblichen Aufforderung.[2]) Das würde aber zu einem unbilligen Resultat führen. Denn der schuldige Teil hätte es ganz in der Hand, die Erfüllung der Voraussetzung des § 1361 zu verhindern. Solange er nicht aufgefordert hat, könnte von einer Verweigerung nicht gesprochen werden, und er brauchte daher keinen Unterhalt nach § 1361 zu gewähren. Mit Recht verneint daher auch die h. M. das Erfordernis einer vorherigen Aufforderung.[3])

Verweigert dagegen nicht der scheidungsberechtigte, sondern der andere Teil die Herstellung des ehelichen Lebens, so fehlt es an einer Voraussetzung des § 1361. Er ist daher nicht anwendbar, vielmehr verbleibt es bei der Regel des § 1360.

b. Übereinstimmendes mit der allgemeinen Regel.

Wie schon oben erwähnt, bleibt im Falle der Trennung der Gatten die Unterhaltspflicht im allgemeinen unberührt. Die Ehegatten sind verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Der Unterhaltsanspruch setzt überall im Familienrecht Leistungsfähigkeit auf Seiten des Verpflichteten voraus und meistens Bedürftigkeit auf Seiten des Berechtigten. Der Anspruch der Frau gegenüber dem Mann ist jedoch nicht von ihrer Bedürftigkeit abhängig. Sie hat

---

[1]) Plank: § 1361 Bem. 4 b; Staud: Bem. 2 c; Seuff.: Arch. Bd. 61, Nr. 112; R. G. in J. W. 05, S. 203.

[2]) so Staud. Bem. 2 b; Opet-Blume 1 c, Recht 1903, S. 292.

[3]) Planck: Bem. 4 c; Schmidt-Habicht: Bem. 2 b; Rspr. 7 S. 101 ff.; 12. S. 302; Recht 1907 Nr. 464.

das Recht auf Unterhaltsgewährung auch dann, wenn sie selbst genügend eigenes Vermögen hat. Der Mann ist dagegen der Frau gegenüber nur unterhaltsberechtigt, wenn er außerstande ist, sich selbst zu ernähren. Die unterhaltspflichtigen Gatten müssen alles gemeinschaftlich teilen, sie müssen selbst erforderlichen Falles den Stamm des Vermögens angreifen. Es kann ein Gatte nicht, wie dies bei Verwandten regelmäßig zutrifft, den eigenen standesmäßigen Unterhalt zurückhalten. Nach § 1608 Abs. 1 S. 1 haftet der Ehegatte dem Bedürftigen zwar vor dessen Verwandten. Würde er aber durch die Unterhaltsgewährung seinen eigenen standesmäßigen Unterhalt gefährden, dann haften die Verwandten vor dem Ehegatten. Der berechtigte Gatte kann den Unterhalt beanspruchen, der dem gemeinsamen Stande der Ehegatten entspricht. Entscheidend ist die Stellung des Mannes. Liegen aber Gründe vor, wegen denen der Pflichtteil entzogen werden kann, dann hat er nur Anspruch auf den notdürftigen Unterhalt, § 1611 Abs. 2. Das trifft nach § 2335 Abs. 1 für die Scheidungsgründe der §§ 1565 bis 1568 zu.

Wie schon gesagt, enthält § 1360 das Grundprinzip der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten. Es wird in der Regel behauptet, der Mann sei unterhaltspflichtig; doch bedient man sich eines schiefen Ausdrucks, wenn man von der Unterhaltspflicht des Mannes spricht. Denn auch die Frau ist während der Ehe unterhaltspflichtig. Man kann das kurz zusammenfassen in dem Satz: Jeder, der zur Familie gehört, hat zu den Kosten beizutragen. Es besteht eine Kostengemeinschaft. Das Güterrecht regelt nun die Art und Weise, wie die Frau zur Bestreitung der Unterhaltskosten herangezogen wird.

c. Besonderheiten des Anspruchs.

Welche Änderungen treten in der Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung ein, wenn der scheidungsberechtigte Gatte die häusliche Gemeinschaft aufhebt?

α. Art und Weise des Anspruchs.

Eine recht bedeutsame Abweichung wird im Hinblick auf die Art und Weise vorgesehen. Solange die häusliche Gemeinschaft besteht, ist der Unterhalt „in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren", § 1360 Abs. 3. Es besteht die Pflicht zur — wenn man so sagen darf — Naturalleistung von Wohnung und Lebensunterhalt. Das entspricht dem gemeinsamen Hausstand, der gemeinsamen Wirtschaft. Im Falle der Trennung aber hört diese Naturalleistung auf; denn ihre Voraussetzungen sind weggefallen. Der Unterhalt ist jetzt in einer Geldrente zu gewähren, auf welche die Vorschriften des § 760 Anwendung finden. Sie ist vierteljährlich vorauszuzahlen. Der unterhaltsberechtigte Gatte braucht nur den Beginn des Vierteljahres erlebt zu haben, um den ganzen Betrag verlangen zu können. Dieser ist also auch dann zu bezahlen, wenn der Berechtigte gleich nach dem Beginn stirbt. Dagegen kann von dem pflichtigen Gatten keine Sicherheit verlangt werden.[1]) Diese ist nur im Falle des § 1580 vorgesehen. Da § 1361 nur eine Geldrente gestattet, so geht daraus hervor, daß der Berechtigte nicht verlangen kann, daß ihm die Auslagen, die er für seinen Unterhalt gemacht hat, z. B. Hotelkosten, ersetzt werden.[2])

β. Herausgabepflicht des Mannes.

Eine weitere Besonderheit bildet der Satz 2 des § 1361 Abs. 1. Der Mann muß der Frau die Sachen aus dem gemeinsamen Haushalt herausgeben, die zur Führung eines abgesonderten Haushalts erforderlich sind. Im allgemeinen unterstehen die dem gemeinsamen Haushalt dienenden Sachen der Herrschaft des Mannes, einerlei ob sie zum eingebrachten Gut der Frau oder Gesamtgut gehören. Aus Billig-

[1]) Rspr. 3 S. 240.

[2]) Deutsche Jur. Ztg. 1906 S. 212.

keitsgründen ist aber die obige Vorschrift zugelassen, die die Herausgabepflicht des Mannes begründet. Denn die Haushaltungsgemeinschaft ist aufgelöst, und von jedem Gatten wird ein eigener Hausstand gegründet. Welche Sachen zur Führung eines abgesonderten Haushalts notwendig sind, ist Tatfrage. Dies bestimmt sich nach den Standes-, Vermögens- und Erwerbsverhältnissen der Ehegatten. Der Anspruch der Frau beschränkt sich aber auf den vorhandenen Hausrat. Ist ein solcher nicht da, wohl aber genügend Vermögen des Mannes, dann ist dieser dennoch nicht verpflichtet, irgendwelche Einrichtungsgegenstände für die Frau anzuschaffen.[1]) Dieses Recht der Frau ist eine Erweiterung des Unterhaltsanspruchs.[2]) Für den Mann ist eine derartige Bestimmung nicht gegeben. Die Frau hat den Anspruch auf Herausgabe nur, wenn sie unterhaltsberechtigt ist.

Sie erhält die Sachen „zum Gebrauch". An den Eigentumsverhältnissen wird nichts geändert. Auf das Verhältnis zwischen Mann und Frau kann man im allgemeinen die Vorschriften über die Leihe entsprechend anwenden.[3]) Für die Haftung gilt aber § 1359.

Die Herausgabepflicht des Mannes tritt in zwei Fällen nicht ein. Sie fällt weg, wenn die Sachen für den Mann unentbehrlich sind oder nicht vorhanden sind. Wenn sie doppelt vorhanden sind, kann man von einer Unentbehrlichkeit nicht gut reden. Aber die Frau wird auch im Falle der Befreiung des Mannes schadlos gehalten. Denn die ihr zu gewährende Geldrente erhöht sich dementsprechend.

Ferner ist der Mann von dieser Pflicht befreit, „wenn sich solche Sachen in dem der Verfügung der Frau unter-

[1]) Rspr. 7, S. 45 ff.

[2]) Vgl. Planck 1361 Bd. 2 b.

[3]) Staudinger 1361 Bem. 3 b. β.; Wieruszowski S. 84; Opet-Blume Bem. 3 a; vgl. aber auch §§ 1359 und 1384; a. A. Planck 1361 Bem. 2 b Abs. 4 dem Wortlaut nach; dem Resultat nach aber übereinstimmend.

liegenden Vermögen befinden", z. B. in ihrem Vorbehaltsgut oder bei Gütertrennung in ihrem Vermögen überhaupt. Dagegen bleibt es ohne Einfluß auf die Pflicht des Mannes, wenn die Mittel zur Anschaffung solcher Sachen in dem fraglichen Frauenvermögen vorhanden sind.

Der Mann hat sich sowohl auf die Unentbehrlichkeit als auch auf das Vorhandensein solcher Sachen im Vorbehaltsgut usw. der Frau zu berufen und dieses auch zu beweisen.

7. Umfang der Unterhaltspflicht.

Hinsichtlich des Umfanges der Unterhaltspflicht läßt § 1361 Abs. 2 eine Ermäßigung oder sogar einen gänzlichen Wegfall eintreten. Es soll die Billigkeit maßgebend sein „mit Rücksicht auf die Bedürfnisse, sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten".[1]) Die Motive geben die Gründe an, die für diese Regelung bestimmend waren.[2]) Während der Trennungszeit müsse der Mann die Ehefrau in seinem Geschäft oder sonstigen Betrieb entbehren. Die Gewährung einer Geldrente stelle sich kostspieliger dar als die Naturalleistung von Wohnung und Lebensunterhalt. Gewiß ist diesen Gründen zuzustimmen. Ich meine aber, daß es eigentlich unnötig ist, überhaupt derartige Gründe heranzuziehen. Der Billigkeitsstandpunkt unseres Gesetzes genügt m. E., um diese Vorschrift zu rechtfertigen.[3])

Der Anspruch aus § 1361 wird nicht mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, sondern mit der gewöhnlichen Klage geltend gemacht.

Sind zwischen den Ehegatten getroffene Vereinba-

---

[1]) R. G. in J. W. 1903, Beil. S. 87.

[2]) Mot. IV. S. 634.

[3]) Recht 1902 S. 209; R. G. in J. W. 1904, S. 294 ff.; im Recht 1909 Nr. 82.

rungen über die Gewährung des Unterhalts gültig? Das ist zu bejahen, soweit die Vereinbarungen keinen Verzicht für die Zukunft enthalten oder nicht sonstwie gegen die guten Sitten verstoßen.[4])

3. Das Pflichtteilsentziehungsrecht.

Eine weitere Folge zeigt das bloße Vorliegen eines Scheidungsgrundes im Erbrecht. Unter der Voraussetzung des § 2335 kann der scheidungsberechtigte Gatte dem anderen den Pflichtteil entziehen. Es wird aber eine Verfehlung, eine Schuld verlangt. Somit scheidet die Geisteskrankheit aus; § 1569 ist daher auch in § 2335 garnicht aufgeführt. Das Entziehungsrecht wird durch den Fristablauf nach § 1571 nicht beseitigt (§ 2335 Abs. 2), ebenso steht die prozessuale Beschränkung des § 616 Z. P. O. dem Rechte des Erblassers nicht entgegen. Die Unschädlichkeit des Fristablaufs hat ihren guten Grund. Es soll nämlich der Gatte, der aus religiösen oder sittlichen Bedenken von der Scheidung abgesehen hat, nicht durch den drohenden Verlust des Pflichtteilsentziehungsrechtes zur Erhebung der Scheidungsklage gezwungen werden.[2])

Gleichgültig ist es, ob der Ehegatte allein schuldig ist, oder ob der Erblasser ebenfalls einen Scheidungsgrund wegen Verschuldens gegeben hat,[3]) also beide Teile im Scheidungsurteil für schuldig erklärt werden müßten. Denn unser Gesetz kennt keine Kompensation des Scheidungsrechtes mehr.

Mit Recht macht aber Leonhard[4]) die Einschränkung, daß es zu beachten sei, wenn in einem solchen Falle die Zerrüttung der Ehe nicht auf die Schuld des pflichtteilsbe-

[1]) Staud. § 1361 Bem. 8.

[2]) Planck § 2335 Bem. 2.

[3]) Planck Bem. 2, Leonhard § 2335 II, Staud. S. 743 C Abs. 3.

[4]) Leonhard § 2335 II.

rechtigten Gatten ursächlich zurückzuführen sei. Dann kann diesem sein Pflichtteil nicht entzogen werden.

Nebenbei sei erwähnt, daß, falls ein Erbvertrag vorliegt, der Erblasser nach § 2294 B. G. B. zurücktreten kann, wenn sich der Bedachte einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt.

B. Erlöschen des Scheidungsrechtes und seiner Wirkungen durch Verzeihung.

Das Scheidungsrecht erlischt durch Verzeihung. Damit werden auch die oben erörterten Wirkungen beseitigt. Eine Verzeihung ist aber nur möglich bei einem verschuldeten Scheidungsgrund, also nicht bei Geisteskrankheit. Eine eingehende Erörterung des Wesens der Verzeihung kann hier nicht gegeben werden. Sie ist ein sittlicher Akt, die „Äußerung eines inneren Vorgangs",[1]) aber kein Rechtsgeschäft.[2]) Auch ein Geschäftsunfähiger kann wirksam verzeihen, wenn er imstande ist, das Wesen der Ehe zu würdigen. Ein beschränkt Geschäftsfähiger wird regelmäßig vollgültig verzeihen können.[2])

Die Verzeihung kann durch Worte, durch Handlungen, ja auch stillschweigend durch Unterlassungen erfolgen. Sie muß nicht direkt dem anderen Gatten gegenüber erklärt werden; es genügt, wenn der Verzeihungswille Dritten gegenüber kundgegeben wird. Verziehen kann aber nur werden, was geschehen ist. Künftige Verfehlungen können im voraus nicht verziehen werden.[3]) Streitig ist, ob die Verzeihung wegen Irrtum, Drohung und Täuschung angefochten werden kann. M. E. ist das zu verneinen. Wenn man in der Verzeihung nur einen tatsächlichen Vorgang erblickt, ist eine Anfechtung ausgeschlossen. Eine irrtümlich

[1]) Kom. der R. G. R. § 1570 Bem. 3.
[2]) Planck § 1570 Bem. 1 Abs. 2.
[3]) Dernburg, Familienrecht S. 86.

gegebene Verzeihung ist vielmehr von selbst unwirksam. Dasselbe ist auch von der durch Drohung oder Täuschung erlangten Verzeihung zu sagen.[1]) Auch eine bedingte Verzeihung oder unter Vorbehalt der Besserung wird als zulässig zu erachten sein.

Von großer Bedeutung ist die Frage, ob in der Gestattung des ehelichen Beischlafs eine Verzeihung zu erblicken ist. Die meisten Schriftsteller stehen auf dem Standpunkt, daß hierin regelmäßig eine Verzeihung liege.[2]) Wenn die Beiwohnung aber aus Furcht vor Mißhandlungen oder in der Annahme, hierzu rechtlich verpflichtet zu sein, gestattet würde, so sei dies keine Verzeihung.[3]) Die Motive führen aus, es lasse sich eine allgemeine gesetzliche Regel nicht aufstellen, vielmehr komme es auf die Umstände des Einzelfalles an.[4]) Der oben aufgeführten Ansicht vieler Schriftsteller kann m. E. nicht zugestimmt werden, ihr „regelmäßig" hat keine Berechtigung. Denn in der Gestattung des Beischlafs ist stets der Ausdruck des Verzeihungswillens zu erblicken. Gewiß bildet der durch Drohungen erzwungene Beischlaf keine Verzeihung. Dabei kann man aber auch nicht von einer Gestattung sprechen. Dagegen bedeutet das Einwilligen stets eine Verzeihung. Das ist einmal nötig, um für den Richter einen festen Standpunkt zu geben. Doch mag dieser Grund allein nicht ausschlaggebend sein. Wenn aber weiterhin in der Gestattung des Beischlafs nicht mit Sicherheit eine Verzeihung erblickt werden kann, worin soll man sie dann sehen? Es würde sich der Schluß ergeben, daß man keine Äußerung oder Handlung als Verzeihung ohne Weiteres auffassen könne. Treffend drückt sich ein

---

[1]) Kom. der R. G. R. § 1570 Bem. 2; Staud. Bem. 4 f.; Endemann § 166 Anm. 33; a. A.: Planck Bem. 1 Abs. 2; Schmidt-Habicht Bem. 3.

[2]) Planck 1570 Bem. 1 Abs. 3; Staud. Bem. 4 b; Schmidt-Habicht 2 c.; Opet-Blume 3; R. G. in J. W. 1902 Beil. 260[186], 265[195], 05[1], 145[26]; Rspr. 7, S. 107 ff.

[3]) Davidson S. 88; Erler S. 126.

[4]) Mot. IV. S. 603 ff.

Erkenntnis des O. A. G. Rostock aus dem Jahre 1865 aus.[1]) „Wenn ein Ehegatte ungeachtet seiner Kenntnis von dem Vorhandensein eines für ihn begründeten Anspruchs auf Ehescheidung die eheliche Gemeinschaft fortsetzt, so liegt eine Handlung vor, welche das Verhältnis der Ehegatten in ihren innigsten, ebenso rechtlichen wie sittlichen, nur durch das Band der Ehe gestatteten Beziehungen aufrecht erhält und eben deswegen als ein unbedingter Verzicht auf Geltendmachung seines bereits existenten und ihm bekannten Scheidungsanspruchs behandelt werden muß, indem es als ein nicht zu duldender und mit der Heiligkeit der Ehe unvereinbarer Widerspruch erscheint, wenn ein Ehegatte die von ihm durch Beischlaf vollzogene Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Ehe nicht zugleich rechtlich als eine solche gelten lassen wollte.“ Der Einwand der Frau, sie habe irrtümlich geglaubt, zur Gestattung des Beischlafs verpflichtet zu sein, solange die Ehe nicht geschieden ist, ist nicht stichhaltig. Denn trotz des Irrtums bedeutet das eine freie Erfüllung der ehelichen Pflichten. Sie setzt dadurch die Ehe fort und verzeiht dem Manne.[2]) Vor allem muß sie mit der Möglichkeit der Kindererzeugung rechnen. Es ist daher mit Lehmann,[3]) der wohl ziemlich allein dasteht, daran festzuhalten, daß in der Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs immer eine Verzeihung zu erblicken ist, ein Ergebnis, das für die Praxis, die nun einmal einen sicheren Halt haben muß, nur erwünscht sein kann.

Auch ein Verzicht auf das Scheidungsrecht ist möglich. Er unterscheidet sich aber von der Verzeihung durch seinen rechtsgeschäftlichen Charakter; er setzt also volle Geschäftsfähigkeit voraus und ist wegen Irrtum, Drohung, Täuschung anfechtbar.

Hat der scheidungsberechtigte Gatte dem anderen den Fehltritt verziehen, dann ist er nicht mehr berechtigt, die

[1]) Seuff. Archiv 22 Nr. 108.

[2]) Vgl. Rehbans S. 49.

[3]) Lehmann II. § 197, 2 b.

Herstellung des ehelichen Lebens zu verweigern, die Ansprüche aus § 1361 geltend zu machen und dem anderen den Pflichtteil zu entziehen.

C. Das Recht auf Entscheidung.

Es muß zugegeben werden, daß die Rechte, die dem scheidungsberechtigten Gatten gegeben sind, für den schuldigen Teil recht unangenehm werden können, unangenehm deshalb, weil der hierdurch geschaffene Zustand ein ungewisser ist, kein definitiver. Der schuldige Teil hat weder ein Recht auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, noch auf Scheidung. Zwar bestimmt § 1571 Abs. 1, daß die Scheidungsklage — vom Falle der Geisteskrankheit abgesehen — nur innerhalb 6 Monaten seit Kenntnis des Scheidungsgrundes erhoben werden kann und ohne Rücksicht auf diese Kenntnis innerhalb zehn Jahren. Ist dies nicht geschehen, dann erlischt das Scheidungsrecht und mithin seine Wirkungen. Solange aber die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist, wozu der scheidungsberechtigte Gatte nach § 1353 Abs. 2 S. 2 befugt ist, läuft diese Frist nicht. Durch die zeitweilige Trennung soll die Möglichkeit einer Aussöhnung nicht beseitigt werden. Denn die Ansicht der Protokolle geht dahin, daß eine Trennung unter Ehegatten sehr häufig vorkomme und gar oft als Mittel diene, einen Ehescheidungsprozeß zu umgehen.[1]) Würde sich weiter keine Bestimmung finden, dann könnte der eine Gatte dauernd die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern und sämtliche Befugnisse ausüben, die ihm das Scheidungsrecht gewährt. Der Zustand der Ungewißheit und Unklarheit, den man juristisch gesprochen als Schwebe bezeichnen kann, würde daher das ganze Leben anhalten können. Unser Recht ist aber kein Freund von solchen Schwebezuständen, die mit soviel Ungewißheit verbunden sind. Deshalb gewährt § 1571 Abs. 2 S. 2 dem schuldigen und verlassenen Gatten das Recht auf Entscheidung. Fordert

[1]) Prot. IV. S. 433; Schmidt-Habicht Bem. 3.

er den zur Scheidung berechtigten Teil auf, entweder zurückzukehren oder die Scheidungsklage zu erheben, dann läuft die sechsmonatige Frist von dem Empfang der Erklärung ab; das Gesetz geht dabei von den schon oben erwähnten Erwägungen aus, den Schwebezustand möglichst kurz zu gestalten, da es ihn für den schuldigen Teil für schlimmer hält als die rechtskräftige Scheidung. Auch Billigkeitsgründe sprechen für diese Vorschrift. Es muß dem schuldigen Gatten das Recht zugestanden werden, entweder geschieden zu werden oder aber die volle Ehe zu genießen.[1]) Der schuldige Gatte muß auffordern. Diese Aufforderung hat die Alternative zu enthalten, entweder die häusliche Gemeinschaft wiederherzustellen oder auf Scheidung zu klagen. Es genügt nicht, daß er nur zur Herstellung der Gemeinschaft auffordert oder nur zur Erhebung der Scheidungsklage. Denn wenn einer der beiden Bestandteile fehlt, ist die Aufforderung wirkungslos.[2]) Nur Planck[3]) ist der Ansicht, daß die Aufforderung die Alternative nicht zu enthalten brauche, es vielmehr genüge, daß sie das Verlangen des Schuldigen nach Herstellung der Gemeinschaft zum Ausdruck bringe. Diese Auffassung ist aber mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar. In der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens allein ist daher die Aufforderung nicht zu erblicken.[4]) Sie ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das an keine besondere Form gebunden ist.

Muß der Auffordernde den ernstlichen Willen haben, die häusliche Gemeinschaft herzustellen? Dies wird verlangt von Planck;[5]) denn andernfalls bedeute es einen Rechts-

[1]) Wetzel S. 102.

[2]) Wetzel S. 102; Recht 1902 S. 209: Opet-Blume Anm. 3 b.

[3]) Planck § 1571 Bem 2 c.

[4]) Nach R. G. in J. W. 1908, 433[8] liegt selbst in der mit der Scheidungsklage verbundenen Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft keine Aufforderung im Sinne von § 1571.

[5]) Planck Bem. 2 c.

mißbrauch. Dieser Standpunkt Plancks läßt sich deshalb verstehen, weil er der Aufforderung einen ganz anderen Inhalt gibt, als das Gesetz vorschreibt. Sie hat nach ihm das Verlangen des schuldigen Gatten nach Herstellung der Gemeinschaft zum Ausdruck zu bringen. Bleibt man dagegen bei dem Wortlaut des Gesetzes bezüglich des Inhalts der Aufforderung, dann muß man die Frage verneinen. Denn nicht der Auffordernde hat eine Entscheidung darüber zu treffen, was geschehen soll, sondern der Aufgeforderte. Dieser hat zu wählen zwischen Erhebung der Scheidungsklage und Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Das Aufforderungsrecht soll dem schuldigen Gatten weiter nichts gewähren, als das Recht auf Entscheidung zum Zwecke der Klarstellung der Rechtslage. Er soll nicht dauernd an eine Ehe ohne Lebensgemeinschaft gebunden sein. Daß er in der Lage oder wirklich Willens ist, den anderen Gatten wieder aufzunehmen, wird vom Gesetz nicht gefordert.[1]) Andererseits ist aber auch dem Auffordernden die Stellung der Alternative nicht erlassen, wenn der Aufzufordernde nicht imstande ist, zurückzukehren. Für den geschäftsunfähigen schuldigen Ehegatten muß der gesetzliche Vertreter auffordern.[2])

Die Frist ist eine Ausschlußfrist. Streit besteht über die Bedeutung der Worte „die Frist läuft nicht, solange usw." Wird die vor der Aufhebung der Gemeinschaft liegende Zeit in die Frist eingerechnet, oder scheidet diese wie im Falle der Trennung aus? Einige stützen sich auf die Entstehungsgeschichte des § 1571 und behaupten, die Worte seien gleichbedeutend mit: „Der Lauf der Frist wird unterbrochen, solange usw."[3]) Es würde daher gemäß § 217 die Zeit vor der Aufhebung nicht einzurechnen sein. Aus dem

---

[1]) Wetzel S. 103; Kom. d. R. G. R. § 1571 Bem. 8; Staud. § 1571 Bem. 3 d β.; R. G. E. Bd. 58 S. 227, 61 S. 160 ff.; Endemann S. 262 Anm. 5.

[2]) Mangels besonderer Vollmacht ist jedoch der Prozeßbevollmächtigte hierzu nicht befugt. R. G. E. Bd. 58 S. 227.

[3]) Davidson S. 94; Erler S. 128.

Wortlaut des Gesetzes und der entsprechenden Anwendung der §§ 203, 206 in Abs. 4 ist aber zu entnehmen, daß die Zeit vor der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht ausgeschieden werden darf.[1]) Es hat also die Trennung nur eine Hemmung der Frist im Sinne von § 205 zur Folge.

Wie verhält es sich aber, wenn die Aufforderung an den scheidungsberechtigten Gatten ergeht? Wird hier der schon früher vor der Aufhebung abgelaufene Zeitraum mit eingerechnet? Nach dem Gesetzestext ist das nicht anzunehmen; denn danach läuft die Frist von dem Empfang der Aufforderung an. Es beginnt die volle Frist von neuem. Das hat auch seinen guten Grund. Denn das Auffordern kann dem verletzten Gatten ganz unerwartet kommen, sodaß er infolge des schon abgelaufenen Teiles der Frist keine ausreichende Zeit zur Entscheidung hat. Anders ist dies, wenn der verletzte Gatte freiwillig, ohne vorher aufgefordert zu sein, zurückkehrt. Hier besteht kein Bedürfnis, die schon früher in Lauf gesetzte Frist nicht weiter laufen zu lassen.[2])

Bleibt der aufgeforderte Gatte untätig, kehrt er weder zurück, noch erhebt er die Scheidungsklage, dann verliert er sein Scheidungsrecht. Gehen damit auch die Wirkungen, wie Gemeinschaftsverweigerung, Unterhaltsanspruch verloren? Das läßt sich nicht ohne Einschränkung behaupten. Nur soviel läßt sich bestimmt sagen, daß die Wirkungen vom Gesichtspunkt des Scheidungsrechtes aufhören, da dieses Recht beseitigt ist. Eine andere Frage ist es aber, ob nicht trotzdem das Verlangen auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft ein Rechtsmißbrauch ist. Trifft dieses zu, und das wird regelmäßig der Fall sein, dann kann aus diesem Grunde gemäß § 1353 Abs. 2 S. 1 die Her-

[1]) so auch Planck Bem. 2 a; Opet Bem. 3; Schmidt-Habicht Bem. 3 a; Wetzel S. 101.

[2]) siehe Wetzel S. 106.

stellung verweigert werden.[1]) Mithin bleibt auch der eventuelle Unterhaltsanspruch des § 1361 in diesem Falle bestehen.

Auf den Fall der Geisteskrankheit ist § 1571 nicht anzuwenden. Ebenso wird das Pflichtteilsentziehungsrecht des einen Gatten durch den Fristablauf nicht beseitigt, § 2335.

Nach dem Abs. 4 des § 1571 finden die Vorschriften der §§ 203, 206 auf den Lauf der Fristen außer der 10jährigen entsprechende Anwendung.[2])

III. Keine Rechte aus dem Vorliegen eines Scheidungsgrundes.

1. Nicht Recht der Wiederheirat.

Während im obigen die Frage war, welche Wirkungen das Scheidungsrecht gewährt, soll jetzt dargetan werden, daß es in mancher Hinsicht andere Befugnisse nicht gestattet, an die man vielleicht denken könnte. Vor allem ist hervorzuheben, daß der nur scheidungsberechtigte Gatte nicht zu einer Wiederheirat schreiten darf; denn die alte Ehe besteht noch. Das ist für diesen Fall umso eher einzusehen, als dieses Verbot ja auch bei der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kraft Richterspruchs besteht, § 1586. Bei der letzteren besteht die Trennung von rechtswegen. Die tatsächliche Trennung, zu der der scheidungsberechtigte Gatte befugt ist, ist zwar auch rechtlich begründet. Aber die auf richterlichem Ausspruch beruhende Aufhebung bedeutet demgegenüber ein Mehr, eine Verstärkung. Wenn nun bei dieser sicherlich größeren Entfremdung der Gatten eine Wiederverheiratung ausgeschlossen ist, dann gilt dies besonders dann, wenn einmal nur das Scheidungsrecht vorliegt,

---

[1]) R. G. in J. W. 03 Beil. 44[96].

[2]) Vgl. das Nähere bei Schmidt-Habicht § 1571 Bem. 5; Staud. Bem. 5 a, b; Opet-Blume Bem. 4.

ferner aber auch, wenn auf Grund des Scheidungsrechtes die eheliche Lebensgemeinschaft verweigert wird.

Das folgt weiterhin auch aus der ganzen Gestaltung des Scheidungsrechtes im B. G. B. Dennoch ist eine Wiederheirat nur dann möglich, wenn die alte Ehe formell geschieden ist. Es wird verlangt eine richterliche Auflösung der Ehe selbst, nicht genügt eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, sei es eine richterliche oder eine tatsächliche.

---

2. Nicht Fortfall der geschlechtlichen Treuepflicht.

Eine andere Frage ist es, ob den scheidungsberechtigten Gatten noch eine Treuepflicht trifft, oder anders ausgedrückt, ob er ein Recht hat, sich über die eheliche Treue hinwegzusetzen. Bei der richterlichen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ist dieses zwar bestritten. Man wird aber der Ansicht den Vorzug geben müssen, daß nach Aufhebung der Gemeinschaft eine Treuepflicht nicht mehr besteht. Denn aus der Gesetzesbestimmung des § 1586 ergibt sich der Schluß, daß „alle Rechtsfolgen, die aus der das Wesen der Ehe ausmachenden sittlichen und natürlichen Verbindung abgeleitet werden, entfallen müssen.“[1]) Daraus folgt nun weiter, daß, da der Ehezweck weggefallen ist, die Gatten keine Pflicht zur ehelichen Treue trifft. Sie kann also durch einen Ehebruch nicht mehr verletzt werden. Die nachträglich geborenen Kinder sind unehelich.[2])

Anders ist es bei der tatsächlichen Trennung auf Grund der Scheidungsbefugnis. Daß die Treuepflicht besteht, wenn bloß der Scheidungsgrund vorliegt, die Ehegatten aber noch zusammenleben, wird wohl schwerlich bestritten werden. Wie aber, wenn auf Grund des Scheidungsrechtes die eheliche Gemeinschaft verweigert wird, die Ehegatten getrennt leben?

Auch hier muß man sagen, daß der scheidungsberech-

---

[1]) Endemann S. 284.

[2]) Vgl. besonders Endermann S. 284 Anm. 32.

tigte Gatte nicht die Befugnis hat, sich über die Treuepflicht hinwegzusetzen. Es würde uns eigenartig anmuten, wenn man bei der tatsächlichen Trennung den berechtigten Gatten von der Treuepflicht lösen wollte, er also die Ehe, die doch noch besteht, durch Ehebruch nicht verletzen könne. Eine solche Verletzung ist sehr gut denkbar. Das entspricht einmal der Volksauffassung. Ferner fehlt aber hier die richterliche Aufhebung. Die Beziehungen zwischen den beiden Gatten sind bei bloßer tatsächlicher Trennung immerhin noch eng; sie sind noch nicht locker genug, um sich über die Pflicht der Treue hinwegzusetzen.[1]) Es bleiben auch die Vorschriften der §§ 1591 ff. über die Ehelichkeit der Kinder bestehen. Die Vermutung der Beiwohnung des Mannes gilt, sodaß das Kind, falls die Vermutung nicht beseitigt werden kann, als dasjenige des Ehemannes gilt, selbst wenn noch andere Männer der Frau während der Empfängniszeit beigewohnt haben.

3. Erfordernis des § 1746.

Noch andere Rechte kann der scheidungsberechtigte Teil aus dem Vorliegen des Scheidungsgrundes nicht herleiten. Das Scheidungsrecht enthebt ihn nicht der Verpflichtung des § 1746 B. G. B. Er muß, wenn er ein Kind annehmen will oder er selbst an Kindesstatt angenommen werden soll, die Einwilligung des anderen Gatten haben. Das gilt auch dann, wenn die eheliche Gemeinschaft wirklich verweigert wird.

4. Nicht Wohnsitzbegründung der Frau.

Kann die scheidungsberechtigte Frau, die sich von ihrem Mann getrennt hat, selbständig einen Wohnsitz begründen? Es wird freilich behauptet, daß die Frau dann einen besonderen Wohnsitz begründen könne, wenn sie nicht

[1]) Vgl. Wetzel S. 133.

verpflichtet sei, dem Manne zu folgen, weil in dessen Entscheidung ein Mißbrauch liege. Das müßte dann ebenfalls von der scheidungsberechtigten, getrenntlebenden Ehefrau gesagt werden.[1]) Nach § 10 Abs. 2 B. G. B. kann die Frau einen selbständigen Wohnsitz begründen, wenn sie denjenigen des Ehemannes nicht teilt. Abs. 1 gibt Auskunft darüber, wann sie ihn nicht teilt. Dies ist der Fall, wenn der Ehemann seinen Wohnsitz im Ausland begründet und die Frau ihm nicht folgt und nicht zu folgen verpflichtet ist. Diese beiden Voraussetzungen der selbständigen Begründung eines Wohnsitzes seitens der Frau sind klar vom Gesetz verlangt. Es ist daher nicht angängig, das Nichtteilen des Wohnsitzes auf andere Gründe analog auszudehnen. Die Ehefrau teilt daher den Wohnsitz des Mannes, selbst wenn sie von ihm getrennt lebt und hierzu wegen eines Scheidungsgrundes berechtigt ist, vorausgesetzt jedoch, daß der Wohnsitz des Mannes im Inland belegen ist.[2]) Aus dem Scheidungsrecht kann also die Frau keine Befugnis auf selbständige Wohnsitzbegründung herleiten.

---

5. Güterrechtliche Verhältnisse.

Gewährt das Vorliegen eines Scheidungsgrundes ein Recht hinsichtlich der güterrechtlichen Verhältnisse? Es könnte daran gedacht werden, daß der scheidungsberechtigten Frau ein Anspruch auf Gütertrennung zustehen würde oder zum mindesten auf Rechnungslegung durch den Mann. Nirgends findet sich im Gesetz ein Anhaltspunkt dafür, um diese Ansicht zu stützen. Ihr eingebrachtes Gut und das ihr zukommende Gesamtgut, darf sie weder mitnehmen, noch ist ihrem Anspruch auf Herausgabe stattzugeben. All das bleibt in Besitz, Verwaltung und Nutznießung des

[1]) so Dernburg, Familienrecht S. 104; Kuhlenbeck I § 10, Anm. 3.

[2]) so auch Wetzel S. 134, 135; Endemann S. 305, Ziffer 3, S. 295 Anm. 24; R. G. E. 59, 337.

Mannes. Der unberechtigten Wegnahme gegenüber hat dieser die Besitzklage aus § 861 oder die Klagen aus den §§ 1373, 1443.

Wie verhält es sich mit dem Vorbehaltsgut der Frau, und wie ist es, wenn Gütertrennung besteht?

Das R. G. in Gruchot Bd. 23, S. 486 ist der Ansicht, daß die Frau wegen der Pflicht zum gemeinsamen Leben auch ihr Vorbehaltsgut in der gemeinsamen Wohnung belassen müsse. Diesem Standpunkt wird man sich jedoch kaum anschließen dürfen.

Über ihr Vorbehaltsgut kann die Frau frei verfügen. Sie kann damit frei schalten und walten. Mit Recht fragt Eccius hierbei, warum die Frau solche Gegenstände demgemäß nicht an einem von ihr zu bestimmenden Ort solle aufbewahren können.[1]) Dasselbe muß man auch sagen, falls Gütertrennung besteht.

Auf die güterrechtlichen Verhältnisse hat die tatsächliche Trennung auf Grund des Scheidungsrechtes keinen Einfluß. Für die scheidungsberechtigte Frau bedeutet das wohl eine Härte. Gewiß, sie hat den Unterhaltsanspruch aus § 1361. Aber damit allein kann ihr manchmal nicht gedient sein. Dieser Anspruch muß meistens erst im Prozeß verfolgt und durch Vollstreckung verwirklicht werden. Der Weg ist umständlich und in der Zwischenzeit kann die Frau Not leiden.

Wie aber soll sie ihr Vermögen, das in den Händen des Mannes bleibt, schützen? Sie kann unter bestimmten Voraussetzungen auf Aufhebung des gesetzlichen oder vertragsmäßigen Güterstandes klagen, so daß Gütertrennung eintritt. Aber sie kann dieses Recht nur wahrnehmen, wenn sie die Voraussetzungen hierfür dartun kann. Das würde wohl möglich sein, wenn sie den Ehemann wirksam kontrollieren könnte. Bei der Trennung ist das aber ziemlich

[1]) Eccius, Pr. Privatrecht Bd. 4 S. 33; ebenso Dernburg Familienrecht S. 102, Anm. 8.

schwierig. Die Auskunftspflicht des Mannes nach § 1374 hilft auch nicht viel.

Warum hat das Gesetz dem scheidungsberechtigten Gatten, insbesondere der Frau, keine weitergehenden Rechte gegeben, namentlich bei einer jahrelangen Trennung der Gatten?

Auf diese Frage kann man nur die Antwort geben, die Wetzel anführt.[1]) Die tatsächliche Trennung ist nur ein vorübergehender Zustand, eine Schwebe. Eine definitive Entscheidung liegt nicht vor. Es kann sich so oder so gestalten. Von diesen Schwebezuständen ist unser Recht kein Freund. Man wird zugeben müssen, daß das Gesetz auf Grund eines solchen ungewissen Schwebezustandes als Voraussetzung eine immerhin einschneidende definitive Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse nicht geben konnte. Die darin vielleicht steckende Unbilligkeit für die Fran suchte man offenbar durch den Unterhaltsanspruch des § 1361 zu mildern, sodaß man im allgemeinen den gesetzgeberischen Gedanken in dieser Hinsicht nur billigen kann. Der Schwebezustand, der sich an das Vorliegen eines Scheidungsgrundes knüpft, ist vergleichbar mit der Lage des Bürgen gemäß § 770. Auch er hat dem Gläubiger gegenüber keine feste Stellung, sondern nur die aufschiebenden Einreden der Aufrechenbarkeit und der Anfechtbarkeit stehen ihm zur Hand.

B. Einfluß des Scheidungsrechts auf das Verhältnis der Gatten zu den Kindern.

a. Sorge für die Person der Kinder.

Welchen Einfluß hat das Scheidungsrecht auf das Verhältnis der Eltern zu den Kindern; wie gestaltet sich dieses Verhältnis insbesondere, wenn die Gatten getrennt leben?

Daß die Sorge für das Vermögen und die Nutznießuug

---

[1]) Wetzel S. 125.

am Kindesvermögen dem Vater verbleiben, bedarf nicht weiterer Erörterung; denn diese Rechte und die damit zugleich verbundenen Pflichten bleiben auch dann beim Vater, wenn die Ehe geschieden und der Mann für schuldig befunden ist. Fraglich ist es aber bei der Sorge für die Person. Nach § 1627 hat der Vater kraft seiner elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Diese Sorge umfaßt nach § 1631 das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Das Gesetz kennt keine väterliche Gewalt, sondern eine elterliche. Die elterliche Gewalt ist ein beiden Ehegatten gemeinsam zustehendes Recht. Während der Dauer der Ehe steht daher nach § 1634 neben dem Vater auch der Mutter die Sorge für die Person des Kindes zu und zwar kraft eigenen Rechtes. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern entscheidet aber der Vater. Ist die Ehe geschieden, so steht nach § 1635 dem unschuldigen Teil die Sorge für die Person des Kindes zu; jedoch bleibt das Recht der Vertretung des Kindes stets beim Vater. Nach § 1632 kann derjenige, dem die Sorge für die Person zusteht, die Herausgabe des Kindes von jedem verlangen, der es ihm widerrechtlich vorenthält. Das kann gemäß § 1634 auch die Mutter, aber nur neben dem Vater, nicht gegen dessen Willen. Daran ändert auch die tatsächliche Trennung auf Grund des Scheidungsrechts nichts.

b. Anspruch des einen Gatten auf Herausgabe der Kinder gegenüber dem anderen.

Ein großer Streit herrscht hinsichtlich der Frage, ob die Frau, die sich infolge eines Scheidungsgrundes zu Recht von dem Ehemann getrennt hat, von ihm die Kinder herausverlangen kann, als auch ob der Mann mit der Klage auf Herausgabe gegenüber der Frau, die die Kinder mitgenommen hat, durchdringt. Man ist sich zwar darin einig, daß das Gesetz zunächst zugunsten des Mannes spricht, da

seine Meinung vorgeht. Der Streit setzt aber ein bei der Frage, ob gegenüber der Klage des Mannes auf Herausgabe der Kinder der Frau die Geltendmachung der Mißbrauchseinrede des § 1354 Abs. 2 B. G. B. zu gestatten ist. Das Reichsgericht führt hierzu aus, daß dem Kinde gegenüber die Meinung des Vaters gelte, solange nicht der Fall des § 1666 gegeben ist. Der Frau gegenüber könne sich aber die Entscheidung des Mannes als ein Mißbrauch seines Rechtes darstellen und daher ohne Bedeutung sein. Ein solcher Mißbrauch sei dann anzunehmen, wenn der Mann das Verlangen auf Herausgabe des Kindes nicht deshalb gestellt habe, um für das Kind zu sorgen, sondern um auf die Frau einen unberechtigten Druck auszuüben.[1]) Das Reichsgericht stützt seine Ansicht darauf, daß die Sorge für die Person des Kindes eine gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit und dementsprechend die Einrede aus § 1354 Abs. 2 zuzulassen sei. Dem ist aber nicht zuzustimmen. Wohl ist die Sorge für die Person des Kindes eine gemeinschaftliche Angelegenheit der beiden Gatten, aber sie ist keine gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit.[2]) Dies wird auch von Engelmann[3]) verneint. Er äußert Bedenken, die Vorschrift des § 1354, die doch nur für das Verhältnis unter den Ehegatten selbst gelte, auf die elterliche Gewalt zu übertragen. Zu weit geht jedoch Blume.[4]) Nach ihm ist die elterliche Gewalt, damit auch die Sorge für die Person, überhaupt keine gemeinschaftliche Angelegenheit. Im Hinblick auf § 1634 ist diese Ansicht aber unzutreffend. Selbst wenn man die Sorge für die Person der Kinder als eine eheliche Angelegenheit auffassen würde, so läßt sich dennoch der Standpunkt des Reichsgerichts nicht halten. Denn es handelt sich hierbei nicht um eheliche Pflichten.

---

[1]) Siehe R. G. E. 55 S. 241; R. G. im Recht 1905, 565; 1906 S. 863 ff.; ferner O. L. G. E. im Recht 1908 Nr. 3812.

[2]) Wetzel S. 127.

[3]) bei Staud. § 1634 Bem. 1 b β.

[4]) Opet-Blume § 1634 Bem. 7.

Das Recht auf Herausgabe des Kindes ist ein selbständiges und nicht ein aus den gegenseitigen Pflichten der Ehegatten abgeleitetes.[1]) Nach Gimmerthal[2]) ist der Anspruch auf Herausgabe eine Pflicht des Vaters, da er für den Aufenthalt des Kindes zu sorgen, es zu beaufsichtigen und zu erziehen habe.

Vor allem ist zu berücksichtigen, daß nach § 1634 die Entscheidung des Mannes vorgeht, auch in gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten. Die Frau braucht zwar bei Mißbrauch nicht zu folgen, wohl aber das Kind.

M. E. ist daran festzuhalten, daß die Mißbrauchseinrede des § 1354 Abs. 2 gegenüber der Ausübung der elterlichen Gewalt des Vaters nicht gestattet werden darf; denn sie ist nur gegeben für Angelegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens und darf daher auf andere Gebiete nicht ohne triftigen Grund ausgedehnt werden.

Außerdem läßt das Reichsgericht eine Weigerung der Frau gegenüber dem Herausgabeanspruch des Mannes auf Grund von § 1634 zu,[3]) weil der Mann garnicht in Ausübung der Sorge für die Person des Kindes handle, sein Verlangen aus § 1632 durch 1634 daher nicht gedeckt werde. Aber auch diese Meinung läßt sich nicht gut halten. Denn § 1634 gestattet eine solche Einrede überhaupt nicht und das mit vollem Bewußtsein.[4]) Denn den Fall des Mißbrauchs dem Kind gegenüber will § 1666 ausschließlich regeln.[5])

Von der Frage, ob die Mißbrauchseinrede der Frau aus § 1354 Abs. 2 oder eine solche aus § 1634 zuzulassen ist, ist streng zu scheiden die andere, ob man nicht bei der tatsächlichen Trennung infolge des Vorliegens eines Scheidungsgrundes die Vorschriften des § 1635 analog anwenden

---

[1]) Endemann 2,2 S. 589 Anm. 54.
[2]) Archiv f. z. Pr. 104, S. 397.
[3]) R. G. in J. W. 1907, S. 6 ff.
[4]) siehe Wetzel S. 127.
[5]) a. A. R. G. in J. W. 1903, Beil. S. 146.

kann. Man könnte leicht geneigt sein, dies zu tun, besonders dann, wenn es sich um Kinder unter 7 Jahren handelt. Es sei, wie Wetzel[1]) meint, erwägenswert, ob das Vormundschaftsgericht in diesem Falle die Kinder nicht bei der Mutter unterbringen könne. Im Interesse der Kinder würde das sicherlich liegen. Nun muß man aber bedenken, daß bei bestehender Ehe nur nach § 1666 dem Vater die Sorge für die Person der Kinder entzogen werden kann; denn die Fürsorge ist nicht nur im Interesse des Kindes gegeben, sondern sie ist eigenes Recht des Vaters.

Nach § 1635 steht freilich die Sorge für die Person der Kinder dem unschuldigen Teil zu, also auch der unschuldigen Frau, und das Vormundschaftsgericht kann, sofern es im Interesse der Kinder liegt, eine von der allgemeinen Regel abweichende Bestimmung treffen. Dabei ist aber immer vorausgesetzt, daß die Ehe rechtskräftig geschieden ist. Zwar läßt das Reichsgericht — was weiter unten zu erörtern ist — mit Recht eine analoge Anwendung des § 1636 Abs. 1 S. 2, der nach seiner Stellung im System auf den ersten Blick ebenfalls eine geschiedene Ehe zur Voraussetzung hat, auch auf den Fall der tatsächlichen Trennung zu. Eine Übertragung dieser analogen Anwendung auf § 1635 ist jedoch nicht zu rechtfertigen.[2]) Selbst wenn die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen und dem Vater die Fürsorge für die Person entzogen wird, erlangt die Mutter sie hierdurch trotzdem nicht ohne weiteres. Ein direktes Übergehen der elterlichen Gewalt und damit auch der Personensorge geschieht nur in den Grenzen der §§ 1684, 1685, wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt ist, oder aber die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist. Sie geht dann als Vollgewalt über. Bei bestehender Ehe geht sie nach § 1685 nur als stellvertretende Gewalt über, wenn der Vater an der Ausübung tatsächlich verhindert ist oder seine elterliche Gewalt ruht. Die Nutz-

[1]) Wetzel S. 129.

[2]) R. G. E. im Zentr. Bl. f. Fr. G. 1911/12, S. 45/46.

nießung bleibt aber beim Vater. Wird dem Vater aber die Sorge für die Person entzogen nach § 1666, dann muß hierfür nach § 1909 ein Pfleger bestellt werden. Als solcher kann freilich die Mutter in Betracht kommen. Eine Handhabe dafür, die Bestimmung des § 1635 analog auf den Fall der tatsächlichen Trennung anzuwenden, findet sich nirgends im Gesetz. Solange daher eine solche gesetzliche Vorschrift nicht gegeben ist, ist auch keine Berechtigung für eine dementsprechende Ausdehnung des § 1635 auf die Fälle der tatsächlichen Trennung da.[1]) Es ist deshalb die Ansicht des Reichsgerichts zu verwerfen, der bloß scheidungsberechtigten Frau dieselben Rechte zu gewähren, die der auf Scheidung klagenden nach § 607 Z. P. O. oder der schon geschiedenen nach § 1635 B. G. B. zustehen. Will sich die Frau die Kinder sichern, dann muß sie sich eben scheiden lassen.

Fraglich erscheint es aber, ob die Frau nicht mit dem Einwand aus § 226 B. G. B. gehört wird, daß das Verlangen des Mannes nur Schikane sei. Engelmann[2]) läßt dies zu; er ist aber der Meinung, daß die Voraussetzungen des § 226 schwer nachweisbar seien.

Wenn nach der hier vertretenen Ansicht die Frau dem Mann die bei ihr befindlichen Kinder herausgeben muß, der Mann also mit seiner Klage durchdringt, so folgt daraus, daß der Klage der Frau gegen den Mann auf Herausgabe der Kinder unter denselben Umständen keineswegs stattgegeben werden kann.[3])

c. Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde.

Das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde darf der getrennt lebenden Ehefrau nicht geschmälert werden. Denn wenn dieses Recht die geschiedene und für schuldig

---

[1]) Vgl. Knitschky S. 156.

[2]) bei Staud. § 1634, Bem. 1 b β.

[3]) a. A. R. G. im Recht 1908, Nr. 778.

erklärte Frau nach § 1636 hat, dann muß man dies auch der unschuldigen und nur von ihrem Manne getrennt lebenden zugestehen, wie auch der schuldigen und von ihrem Gatten verstoßenen. Fraglich erscheint es aber, auf welchem Wege sie diese Befugnis verwirklichen kann, und wer für die nähere Regelung des Verkehrs zuständig ist. Das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde entspringt weder der Sorge für die Person, noch ist es Bestandteil der elterlichen Gewalt überhaupt. Es ist vielmehr Ausfluß des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern.[1]) Es enthält einen privatrechtlichen Anspruch, und man darf es als unbestritten betrachten, daß die Geltendmachung dieser Befugnis, die Gestattung des persönlichen Verkehrs mit dem Kinde, im Wege der Klage zu erfolgen hat.[2])

d. Zuständigkeit für die nähere Regelung.

Wer regelt den näheren Verkehr? Bei geschiedenen Gatten ist hierfür nach § 1636 Satz 2 das Vormundschaftsgericht zuständig. Es ist aber die Frage, ob die Anwendung des zweiten Satzes streng an die Voraussetzung der Scheidung gebunden ist. Dieses bejaht Planck.[3]) Danach soll zur Regelung des persönlichen Verkehrs das Vormundschaftsgericht nicht zuständig sein, solange die Ehe nicht geschieden ist. Er führt dann weiter aus, daß während des Scheidungsprozesses das Prozeßgericht durch einstweilige Verfügung den Verkehr nach § 627 Z. P. O. regeln könne. Über die Hauptfrage, wer vor Erhebung der Scheidungsklage zuständig ist, läßt er sich nicht aus. Derselben Ansicht ist auch Engelmann, mit der ausdrücklichen Hervor-

---

[1]) Staud. § 1636 Bem. 4.

[2]) Staud. § 1636 Bem. 3; Planck Bem. 2.

[3]) Planck § 1636 Bem. 5; vgl. auch Rspr. 3, S. 41, worauf Planck sich beruft.

hebung, daß § 1636 auch dann ausgeschlossen sei, wenn die Ehegatten tatsächlich getrennt leben.[1])

Freilich könnte man aus der Stellung des § 1636 entnehmen, daß er nur für geschiedene Ehen Geltung haben solle. Diese Stellung allein kann aber nicht maßgebend sein; sie erklärt sich vielmehr aus der Geschichte. Denn die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern werden immer im Zusammenhang mit dem Scheidungsprozeß oder nach Auflösung der Ehe vom Gesetz geregelt. Es erscheint aber auch weiterhin für zweckmäßig, das Vormundschaftsgericht für die Regelung zuständig zu erachten. Das Offizialverfahren mit Beschlüssen ist hier beweglicher und geeigneter als das Prozeßverfahren mit Urteilen. Ein solch schnelleres Entscheiden ist bei dem manchmal sehr häufigen Wechsel der Verhältnisse im Interesse des Kindes geboten. Man muß ferner sagen, daß auch der Sinn des Gesetzes dahinzielt, mit dem Verfahren über die Regelung des Verkehrs mit dem Kinde das Vormundschaftsgericht zu betrauen,[2]) und zwar ist das Vormundschaftsgericht ausschließlich zuständig.

IV. Folgen der Klagerhebung.

A. Die einstweilige Verfügung nach § 627 Z. P. O.

Die bisher erläuterten Folgen sind ohne weiteres an die Scheidungsbefugnis geknüpft, andere Wirkungen entstehen erst nach Erhebung der Klage.

Es sei zunächst dargestellt, welche Befugnisse nach Erhebung der Scheidungsklage der § 627 Z. P. O. gewährt. Auf Antrag eines Ehegatten kann das Prozeßgericht durch einstweilige Verfügung [illegible]

---

[1]) bei Staud. § 1636 Bem. 5; vgl. auch Josef im Bl. f. R. A. Bd. 74, S. 123 ff.

[2]) R. G. E. Bd. 63, S. 238; 69, S. 94, 95; Seuff. Arch. Bd. 64, Nr. 112; Recht 1909 Nr. 2823; ebenso Gimmerthal Arch. f. z. Pr. 104, S. 398 ff.

1. das Getrenntleben der beiden Gatten während der Dauer des Prozesses gestatten;

2. die Unterhaltspflicht nach Maßgabe des § 1361 regeln, d. h. es darf nur die Zahlung einer Geldrente nach § 760 B. G. B. und die Herausgabe der zur Führung eines abgesonderten Haushalts erforderlichen Sachen angeordnet werden;

3. Anordnungen treffen wegen der Sorge für die Person des Kindes mit Ausnahme der gesetzlichen Vertretung. Es kann dementsprechend das Kind während des Prozesses dem einen Gatten zuweisen. Beim Erlaß der einstweiligen Verfügung ist auf das Interesse des Kindes Rücksicht zu nehmen.[1]) Von der Entscheidung ist nach § 627 Abs. 3 Z. P. O. das Vormundschaftsgericht zu benachrichtigen. Das Prozeßgericht kann, wenn der Ausgang des Rechtsstreits vorauszusehen ist, schon jetzt, sofern es zweckmäßig ist, den Zustand herstellen, der im Falle der rechtskräftigen Scheidung dem § 1635 entspricht.

Es ist oben gesagt worden, daß das Vormundschaftsgericht auch bei bestehender Ehe zur näheren Regelung des Verkehrs nach § 1636 S. 2 für zuständig gehalten werden muß. Gesetzt den Fall, daß das Vormundschaftsgericht schon vorher entschieden hat, so entsteht die Frage, ob der Prozeßrichter an diese Entscheidung gebunden ist. Dies wird bejaht vom Reichsgericht.[2]) Diese Ansicht erscheint allerdings bedenklich. Denn aus dem Gesetz ist nicht zu entnehmen, daß das Vormundschaftsgericht hier vorgehen soll. Man wird vielmehr die beiden Entscheidungen als gleichberechtigt erachten müssen,[3]) sodaß, wenn sie sich widersprechen, hieraus Schwierigkeiten entstehen können. Mit Recht bemerkt Engelmann[4]) hierzu, daß in der Praxis derartige

---

[1]) Kom. des R. G. R. S. 1635 Bem. 2.

[2]) R. G. in J. W. 1910, 113^{17}.

[3]) vgl. Staud. § 1635 Bem. 7, freilich auf den Fall des § 1666 angewendet.

[4]) Staud. § 1635 Bem. 7.

Widersprüche wohl zu den Seltenheiten gehören werden. Auch wenn der Scheidungsprozeß schon schwebt, ist eine Anordnung des Vormundschaftsgerichts nicht für unzulässig zu erachten. Prozeßgericht und Vormundschaftsgericht sind selbständig nebeneinander berufen. Die Entscheidung des ersteren ist deklarativ nach Maßgabe des § 1635 Abs. 1, S. 1. Das Vormundschaftsgericht bestimmt konstitutiv, wenn das Fürsorgerecht abweichend von der allgemeinen Regel, der gesetzlichen Bestimmung, dem anderen Teile zu übertragen ist.[1]) Die angezogene Entscheidung des Reichsgerichts führt ferner aus, daß das Vormundschaftsgericht auch neben dem sog. Interimistikum des Eherichters aus § 627 Z. P. O. selbständig auf Grund des § 1666 einschreiten könne. Dem ist beizupflichten. Denn diese beiden Verfahrensarten beruhen ebenfalls auf verschiedener Grundlage. Über die Tragweite einer jeden Entscheidung und das Verhältnis der einen zu der des anderen Verfahrens ist oben schon gesprochen worden, und sie sind als gleichberechtigt nebeneinander gestellt worden.[2]) Doch muß hier eine Einschränkung zugunsten des Vormundschaftsgerichts gemacht werden. Hat dieses auf Grund des § 1635 Abs. 2, S. 2 abweichend vom Gesetz dem anderen Teil das Fürsorgerecht übertragen, so ist es zweckmäßig und billig, daß diese Regelung auch vom Prozeßrichter beachtet wird.

B. Erbrechtliche Wirkungen.

1. Das gesetzliche Erbrecht und der Anspruch auf den Voraus.

Die weiteren Folgen der Klageerhebung liegen hauptsächlich auf erbrechtlichem Gebiet. Von jeher hat man in Deutschland das Erbrecht des überlebenden Ehegatten im Gegensatz zum r. R. zu verbessern gesucht. Daran hat auch

[1]) Vgl. Beschluß des R. G. im Zentralbl. für freiw. Gerichtsbarkeit 1906/07 S. 29 ff.

[2]) Staud. § 1635, Bem. 7.

das bürgerliche Recht festgehalten, indem es bestimmte, daß der überlebende Gatte neben Abkömmlingen zu einem Viertel, neben Verwandten zweiter Ordnung und neben Großeltern zur Hälfte Erbe ist. Außerdem gestattet unser Recht im § 1932 neben Verwandten zweiter Ordnung und neben Großeltern dem Gatten den sog. Voraus. Es ist dies ein gesetzliches Vermächtnis. Danach gebühren dem Gatten „die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstücks sind", also die Haushaltsgegenstände, und die Hochzeitsgeschenke.

Hatte aber der Erblasser zur Zeit seines Todes die Scheidungsklage oder die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben, dann erlischt damit das Erbrecht des überlebenden Gatten und auch der Anspruch auf den Voraus, § 1933. Dabei ist Voraussetzung, daß es sich um einen Scheidungsgrund handelt, der vom Überlebenden verschuldet ist. Das wird ausdrücklich vom Gesetz verlangt. Die Geisteskrankheit scheidet daher aus.

Außerdem muß die Klage eine begründete sein.

Mit dem Billigkeitssinn, der unser Recht beherrscht, würde es nicht zu vereinbaren sein, wenn infolge des Todes des scheidungsberechtigten Gatten dem schuldigen Teil das Erbrecht verbleiben würde. Es kann aber nicht verlangt werden, daß die Ehe schon rechtskräftig geschieden ist. Dann könnte der schuldige Teil den Ausgang dergestalt hinausziehen, daß ihm sein Erbrecht erhalten würde. Das Gesetz gibt sich deshalb mit der Erhebung der Klage zufrieden. Man wird das nicht als besonders strengen Standpunkt hinstellen können und behaupten, es müßte eigentlich das Vorliegen des bloßen Scheidungsrechtes genügen. Das dürfte man denn doch nicht für ausreichend halten können, da, wie Leonhard[1]) treffend ausführt, es erst offenbar sein muß, daß der Scheidungsberechtigte von seiner Befugnis wirklich Gebrauch machen will.

---

[1]) Leonhard, Erbrecht § 1933, Bem. I.

Fraglich ist es aber, ob die Klageerhebung vor einem unzuständigen Gericht genügt. Man wird dies bejahen müssen; denn die Klage ist auch dann „erhoben". Das folgt aus § 212 B. G. B.[1])

Genügt die Ladung zum Sühnetermin? Man könnte geneigt sein, dieses zu bejahen, da nach § 1571 auch die Scheidungsfrist durch die Ladung zum Sühnetermin gewahrt wird. Dem ist aber nicht so. Einmal sagt § 1933 ganz klar, daß entweder die Scheidungsklage oder die Klage auf Aufhebung erforderlich sei. Von einer Ladung zum Sühnetermin ist nicht die Rede. Schon deshalb muß man zu einer Verneinung der Frage kommen. Ferner bekundet die Ladung zum Sühnetermin den ernstlichen Willen zur Lösung des ehelichen Bandes noch nicht deutlich genug. Die Möglichkeit einer Versöhnung ist bei dem Sühnetermin eine große, denn das ist ja gerade sein Zweck. An eine solche unsichere Lage, bei der von einer endgültigen Willensrichtung des Scheidungsberechtigten noch nicht gesprochen werden kann, darf das Gesetz eine so bedeutende Wirkung, wie den Verlust des Erbrechts, nicht knüpfen.[2])

Damit man von einem Erbrecht des überlebenden Gatten sprechen kann, muß der andere gestorben sein. Durch den Tod wird aber der Eheprozeß erledigt, § 628 Z. P. O. Die Scheidungsklage muß jedoch begründet sein. Daraus ergibt sich, daß die Berechtigung des geltend gemachten Scheidungsgrundes irgendwie festgestellt werden muß, wenn dies noch nicht geschehen ist. Das erfolgt dann in einem besonderen Prozesse. Dabei handelt es sich nicht um eine Ehesache. Die Beschränkungen des § 617 Z. P. O. namentlich kommen nicht zur Anwendung.

Stirbt der verklagte Teil, dann ist sein Erbrecht natürlich beseitigt. Wie steht es aber mit demjenigen des Klägers?

---

[1]) Kom. d. R. G. R. § 1933, Bem. 3, Leonhard § 1933 II b.

[2]) Vgl. dazu Planck § 1933 Bem. 2 c; Staud. Bem. 3 Abs. 7; Matthiaß § 146; Leonhard II b; a. A. Strohal 1 § 10 A b; Dernburg § 19 A 7; Meyer § 22 A 13.

Aus dem Gesetz läßt sich der Satz ableiten, daß der scheidungsberechtigte Teil sein Erbrecht bis zur rechtskräftigen Scheidung behält. Wenn also der schuldige Teil nach Klagerhebung, aber vor rechtskräftiger Scheidung stirbt, dann ist der Kläger noch erbberechtigt. Die Erhebung der Scheidungsklage hat nur zu Ungunsten des beklagten Teiles dieselben Wirkungen wie die rechtskräftige Scheidung.[1])

Mit dem gesetzlichen Erbrecht geht auch zugleich der Anspruch auf den Pflichtteil verloren.

2. Letztwillige Verfügungen allgemein, § 2077.

Von demselben Gedanken geleitet wie § 1933, bestimmt § 2077, daß eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten eingesetzt hat, unwirksam ist, wenn der Erblasser ein Scheidungsrecht wegen Verschuldens des anderen Teiles hatte und zur Zeit seines Todes entweder die Scheidungsklage oder die Klage auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte. Die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung ist an dieselben Voraussetzungen geknüpft wie der Verlust des gesetzlichen Erbrechts und das Voraus im § 1933. Es sind die nämlichen Gründe und Erwägungen maßgebend gewesen.

Allerdings macht Abs. 3 die Einschränkung, daß die Verfügung nicht unwirksam ist, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser sie auch für diesen Fall getroffen haben würde. Der Wille des Erblassers ist ausschlaggebend. Die Vorschrift des Abs. 1 ist also nicht zwingend. Es kann auffällig erscheinen, weshalb § 1933 einen dahingehenden Willen des Erblassers nicht berücksichtigt. Diese verschiedene Behandlung der beiden Fälle erklärt sich daraus, daß es sich bei § 1933 um die gesetzliche Erbfolge handelt, die auch ohne den besonders ausgedrückten Willen des Erblassers eintritt.[2]) Bei der letztwilligen Verfügung, die gerade auf dem Willen des Erblassers beruht, ist dieser auch

---

[1]) Kom. d. R. G. R. § 1933, Bem. 3.

[2]) Leonhard § 2077 V.

zu beachten, und es ist zu prüfen, ob er für den Fall des Abs. 1 nicht dennoch zutrifft.

3. Das gemeinschaftliche Testament.

Eine ähnliche Regelung findet sich für das gemeinschaftliche Testament in § 2268, der im Abs. 1 auf § 2077 verweist. Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von Ehegatten errichtet werden. Daraus erhellt, daß seine Wirksamkeit von dem Bestand der Ehe abhängt. Doch ist auch hier der Fall der Klagerhebung der Auflösung gleichgestellt. Das Testament ist seinem ganzen Inhalt nach unwirksam. Für die Erhebung der Scheidungsklage — wie auch für die Auflösung der Ehe — ist eine Einschränkung gegeben. Nach dem Abs. 2 bleiben nämlich hier die Verfügungen insoweit wirksam, als anzunehmen ist, daß sie auch für diesen Fall getroffen sein würden. Denn im gemeinschaftlichen Testament können Verfügungen enthalten sein, die ganz außer Zusammenhang mit der Ehe des Erblassers stehen, folglich auch dann gelten sollen, wenn die Ehe aufgelöst sein würde. Das wird jedoch nicht anzunehmen sein, wenn die Ehegatten sich gegenseitig bedacht haben, bei dem sog. korrespektiven Testament § 2270.

Gilt die Regelung in § 2268 nur dann, wenn der Erblasser scheidungsberechtigt gewesen ist, oder aber auch, wenn der schuldige Teil stirbt? Nach dem Sinn des Gesetzes kann die Regelung nur für den Tod des scheidungsberechtigten Gatten gelten. Das ergibt sich aus den ähnlichen Bestimmungen der §§ 1933 und 2077. Es wird allerdings auch die Ansicht vertreten, daß die vernichtende Wirkung der Klageerhebung auch dann eintrete, wenn der Tod des schuldigen Teiles dem Verfahren ein Ende bereite. Denn der Kläger habe den Wegfall der Verfügung des Beklagten gewollt und diesen Willen durch die Erhebung der Klage kund getan.[1]) Dieser Einwand kann aber nicht

[1]) so Planck § 2268 Bem. 2 c; Cosack § 360; Kom. d. R. G. R. Bem. 2.

viel bedeuten. Denn mit demselben Recht, mit dem er bei § 2268 geltend gemacht wird, könnte er auch bei den §§ 1933 und 2077 vorgebracht werden. Man müßte in diesen letzten Fällen ebenfalls behaupten, daß das Erbrecht des scheidungsberechtigten Gatten mit der Klageerhebung erlösche, da er dies gewollt habe. Das wird aber nirgends getan. Ferner würde die Berechtigung der Bestimmung des § 2271 Abs. 2 nicht einzusehen sein. Denn hiernach kann der überlebende Scheidungsberechtigte seine Verfügung allein widerrufen. Es kann daher mit der Klagerhebung nicht das ganze gemeinschaftliche Testament unwirksam sein. Planck meint zwar, § 2271 Abs. 2 schließe den § 2268 nicht aus. Dieser Ansicht ist schon aus Billigkeitsgründen nicht beizutreten. Denn nach § 2271 Abs. 2 steht sich der überlebende Scheidungsberechtigte besser. Er hat es in der Hand, sich durch Ausschlagung des ihm Zugewendeten das Recht zum Widerruf zu verschaffen. Er kann nach Belieben verfahren. Es ist schließlich nicht einzusehen, warum dem unschuldigen Teil die für ihn günstigere Stellung genommen werden sollte, besonders dann nicht, wenn, wie schon oben gesagt, der Sinn des Gesetzes dem widerstreitet.[1])

4. Erbvertrag.

Dasselbe ist von einer Zuwendung in einem Erbvertrag zu sagen, einerlei ob er von beiden Ehegatten oder von einem Ehegatten und einem Dritten geschlossen worden ist. Doch ist in § 2279 noch ausdrücklich gesagt, daß die Vorschriften des § 2077 auch dann gelten sollen, wenn ein Dritter bedacht ist. Es ist hierbei der Gedanke zugrunde gelegt, daß die Ehe auf den Abschluß des Vertrags wesentlichen Einfluß gehabt hat. Auf zweiseitige Erbverträge findet § 2298 Anwendung, wonach die Unwirksamkeit der einen Verfügung auch diejenige der anderen zur Folge hat. Aber auch im Falle des Erbvertrags ist daran festzuhalten, daß

[1]) so auch Leonhard § 2268 II C.; Staud. Bem. 1; Strohal § 43 A. 33; Dernburg § 91 A 1.

die Unwirksamkeit nur eintritt, wenn der klagende Gatte stirbt, nicht der verklagte.[1])

V. Schlußbemerkung.

Im Großen und Ganzen hat das Gesetz seine Aufgabe, die Regelung des Zustandes zwischen Vollgestalt der Ehe und Scheidung glücklich gelöst. Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kraft Richterspruchs nimmt eine so geringe Bedeutung ein, daß von ihr abgesehen werden kann. Ein Recht zur Gemeinschaftsverweigerung mußte gestattet werden. Einmal bringt die völlige Scheidung eine so enorme Umgestaltung der Verhältnisse mit sich, daß dem Scheidungsberechtigten eine Zwischenstufe gegeben werden muß, sich selbst zu prüfen und die Folgen zu bedenken. Zudem gibt es viele Menschen, die aus Unschlüssigkeit, aus religiösen oder sittlichen Bedenken sich nie zu einer Scheidung verstehen würden, und für welche die Verweigerung der ehelichen Pflicht ein willkommener Ausweg ist. Zwar ist das Recht kein endgültiges, vielmehr handelt es sich um eine Schwebe. Aber es kann tatsächlich zu einem lebenslänglichen Zustande werden. Auch für den schuldigen Gatten birgt es keine Härte in sich, da ihm § 1571 das Recht auf Entscheidung gibt. Sieht er jedoch hiervon ab, dann kann der Zustand immer dauern, die Schwebe sich bis zum Tode des einen Gatten erstrecken. Dem Schwebezustand entsprechend sind auch die Wirkungen, die sich an das bloße Scheidungsrecht knüpfen. Noch stärker werden die Folgen mit der Klagerhebung. Denn aus ihr folgt, daß der ungewisse Zustand sich nach einer bestimmten Richtung hin in einen endgültigen verwandeln soll.

---

[1]) a. A. Planck § 2279 Bem. 3.

Lebenslauf.

Ich bin am 11. Mai 1888 zu Bechtheim, Reg.-Bez. Wiesbaden, geboren, besuchte die Volksschule daselbst, die Realschule zu Diez a. Lahn und die Oberrealschule zu Marburg a. L. Nach ungefähr halbjähriger Beschäftigung in einer Maschinenfabrik zu Frankfurt a. M. studierte ich die Rechte in Tübingen, München und Marburg, bestand am 1. März 1913 das Referendarexamen in Cassel und bin seitdem am Amtsgericht Idstein beschäftigt. Am 1. August 1913 bestand ich die mündliche Doktorprüfung.